

# Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal

Alfonso Daza González

**PENAL 12**

Alfonso Daza González

# Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia  
Vigilada Mineducación

Daza González, Alfonso

Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal /  
Alfonso Daza González. — Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2016

60 p. : 17 x 24 cm. —( Colección JUS Penal )

ISBN: 978-958-8934-17-4 (digital)

ISBN: 978-958-8934-16-7 (impreso)

I. PRUEBA PENAL 2. PROCESOS (DERECHO) 3. VERDAD (DERECHO) 4. ERROR  
(DERECHO)

I. Título. II. Serie

Dewey 345.06 SCDD ed. 21

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 16 de junio de 2016

2do concepto

Evaluación: 8 de junio de 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Alfonso Daza González

Primera edición, Bogotá, D. C.

Septiembre de 2016

#### *Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

#### *Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

#### *Corrección de estilo*

John Fredy Guzmán Vargas

#### *Diseño de colección*

Juanita Isaza

#### *Diagramación*

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

#### *Publicación digital*

Hipertexto Ltda.

[www.hipertexto.com.co](http://www.hipertexto.com.co)

Bogotá, D. C., Colombia

#### *Impresión*

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Bogotá, D. C., Colombia

#### **Facultad de Derecho**

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

[derecho@ucatolica.edu.co](mailto:derecho@ucatolica.edu.co)

#### **Editorial**

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

[editorial@ucatolica.edu.co](mailto:editorial@ucatolica.edu.co)

[www.ucatolica.edu.co](http://www.ucatolica.edu.co)

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

## RESUMEN

El libro *Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal* aborda un problema jurídico complejo que está relacionado con el concepto de evidencia en el nuevo sistema acusatorio colombiano, frente a la manera como esta fue obtenida: ilicitud; la manera como se realizaron los procedimientos para su formación: ilegalidad, y la consecuencia jurídica que genera: exclusión.

En tales condiciones, se analizan los conceptos de evidencia ilícita y evidencia ilegal desde los puntos de vista normativo y funcional. Este último aspecto se desarrolla a partir del análisis del rol de quienes intervienen en la prevención, la investigación y el juzgamiento del delito.

Asimismo, se analizan las diferentes audiencias en las que se debe hacer la solicitud de exclusión de las evidencias obtenidas ilícitamente y de las evidencias ilegales, para concluir que en el evento en que estas solicitudes no hubiesen prosperado ante el juez de control de garantías o de conocimiento, será en sede de casación, por vía de la violación indirecta, por error de derecho por falso juicio de legalidad, donde la Corte Suprema de Justicia hará las exclusiones respectivas.

### Palabras clave

Evidencia, ilicitud, ilegalidad, exclusión, audiencias preliminares, audiencias de conocimiento, casación.

## ABSTRACT

The book entitled *Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal* deals with a complex legal issue that is related to the concept of evidence in the new accusatory system in Colombia, regarding how the evidence was obtained: unlawfulness; how procedures were performed for its formulation: illegality; and the legal consequence it generates: exclusion.

In such conditions, the concepts of illicit evidence and illegal evidence are analyzed from regulatory and functional points of view. This last aspect is developed from the analysis of the role of those involved in the prevention, investigation, and prosecution of crime.

Similarly, different hearings are analyzed where the exclusion of illicitly obtained evidence and illegal evidence must be petitioned, to conclude that in the event that these petitions have not succeeded before the guarantee judge or the hearing judge, it will be in a court of cassation, by way of indirect violation, because of error of law by false judgment of legality, where the Supreme Court of Justice will make the respective exclusions.

### Keywords

Evidence, unlawfulness, illegality, exclusion, preliminary hearings, arraignment hearings, cassation.

## CONTENIDO

<b>Presentación</b> .....	7
<b>Introducción</b> .....	9
<b>Capítulo 1. Error de derecho por falso juicio de legalidad: exclusión de evidencias ilícitas e ilegales</b> .....	15
Concepto de evidencia.....	15
Exclusión de evidencias en sede de casación penal .....	16
Oportunidades procesales para solicitar la exclusión de las evidencias ilícitas e ilegales.....	20
<b>Capítulo 2. Evidencias obtenidas ilícitamente</b> .....	23
Regla de exclusión.....	23
Análisis del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.....	25
Dignidad humana en la prevención del delito: registros personales y registros vehiculares.....	27
Dignidad humana en la investigación del delito: inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales .....	29
Derecho a la intimidad: búsqueda selectiva en bases de datos privados.....	32
Derecho a la intimidad en registros y allanamientos en la investigación del delito .....	33
Otros procedimientos con los que se vulnera el derecho a la intimidad .....	38

<b>Capítulo 3. Evidencias ilegales</b> .....	41
Requisitos que deben cumplir las evidencias para convertirse en medios de conocimiento.....	41
Autenticación de la evidencia y certificación de la cadena de custodia .....	45
Autenticación de documentos y documentos anónimos.....	48
Autenticación de evidencias.....	48
<b>Capítulo 4. Cadena de custodia: errores de hecho o de derecho</b> .....	51
<b>Conclusiones</b> .....	57
<b>Bibliografía</b> .....	59

## PRESENTACIÓN

El libro *Reglas de producción de las pruebas y regla de exclusión en sede de casación penal* aborda un problema jurídico complejo que está relacionado con el concepto de evidencia en el nuevo sistema acusatorio colombiano, frente a la manera como fueron obtenidas: ilicitud, la manera como se realizaron los procedimientos para su formación, ilegalidad, y la consecuencia jurídica que genera: exclusión. Este libro es resultado de la investigación que se adelanta en el proyecto “Nueva criminalidad y control”, del grupo de derecho penal Conflicto y Criminalidad, de la línea Derecho Probatorio y Procesal, con código de confirmación en Colciencias COL0094539201609091113, de la Universidad Católica de Colombia.

En tales condiciones, se analizan los conceptos de evidencia ilícita y evidencia ilegal, desde los puntos de vista normativo y funcional. Este último aspecto se desarrolla a partir del análisis del rol de quienes intervienen en la prevención, la investigación y el juzgamiento del delito.

Finalmente, se analizan las diferentes audiencias en las que se debe hacer la solicitud de exclusión de las evidencias obtenidas ilícitamente y de las evidencias ilegales, para concluir que en el evento en que estas solicitudes no hubiesen prosperado ante el juez de control de garantías o de conocimiento, será en sede de casación, por vía de la violación indirecta, por error de derecho y por falso juicio



de legalidad, donde el juez deberá hacer las exclusiones respectivas, para que así se case la sentencia y se adopte el pretendido fallo de reemplazo.

El autor

## INTRODUCCIÓN

Esta obra se trata de una investigación básica jurídica cuyo punto de partida lo constituyen el numeral 3 del artículo 181<sup>1</sup> y los artículos 381<sup>2</sup>, 383<sup>3</sup>, 23<sup>4</sup> y 360<sup>5</sup> del Código de Procedimiento Penal.<sup>6</sup> El inciso 3 del artículo 181 del estatuto ritual, referente a la violación indirecta de la ley sustancial en sede de casación penal, establece que frente a las pruebas o los medios de conocimiento, existen dos tipos de reglas: unas de producción y otras de apreciación.

---

1 Ley 906 de 2004, artículo 181, *procedencia*: “El recurso como control constitucional y legal procede contra las sentencias proferidas en segunda instancia en los procesos adelantados por delitos, cuando afectan derechos o garantías fundamentales por: [...] 3. El manifiesto desconocimiento de las *reglas de producción* y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia” [cursivas agregadas].

2 Ley 906 de 2004, artículo 381, *conocimiento para condenar*: “Para condenar, se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.

3 Ley 906 de 2004, artículo 382, *medios de conocimiento*: “Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico”.

4 Ley 906 de 2004, artículo 23, *cláusula de exclusión*: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que sólo puedan explicarse en razón de su existencia”.

5 Ley 906 de 2004, artículo 360, *prueba ilegal*: “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

6 Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. *Diario Oficial* 45.657.

Las primeras, que son las que interesan a esta investigación, tienen que ver con los errores de derecho en los que incurre el juez al apreciar las evidencias que en su producción no adquirieron el carácter de prueba o de medio de conocimiento, por ser ilícitas o ilegales. Las segundas hacen referencia a los errores de hecho en los que incurre el juez al apreciar las pruebas o los medios de conocimiento que sí cumplieron con los requisitos de licitud y de legalidad para el efecto.

Los primeros errores en sede de casación se atacan como errores de derecho por falso juicio de legalidad. Los segundos, en cambio, se atacan como errores de hecho por falso juicio de existencia (*ignoración, suposición*) e identidad (*distorsión, agregados o cercenamiento*), y por violación de la sana crítica, la lógica y la experiencia. Ambos errores de derecho y de hecho (*in iudicando*) se atacan como violación indirecta de la ley sustancial, con lo cual está claro que se pretende un fallo de reemplazo y no una nulidad.

Los errores de derecho que se predicen del juez están dados por valorar evidencias que no cumplieron con los requisitos constitucionales (*licitud*) y legales (*legalidad*) para ser tenidos como medios de conocimiento; están relacionados con los errores, también de derecho, en los que incurre el primer respondiente: las Fuerzas Militares y la Policía de Vigilancia, en ejercicio de su función preventiva; la Policía Judicial, en ejercicio de su función investigativa; y los litigantes, fiscalía y defensa, en el debate del juicio oral.

Se debe señalar que desde ahora le corresponde a las partes: fiscalía y defensa (de manera particular a esta última), en ejercicio del *interés para recurrir*, manifestar hasta el último momento alegato de conclusión que la evidencia objeto de ataque no debe ser apreciada por el juez de conocimiento, en razón de que no adquirió el carácter de prueba, pues por las características del sistema procesal penal no le es dable al juez pronunciarse de oficio.

El segundo de los artículos mencionados, el 381, es claro en señalar que únicamente se puede condenar con base en las pruebas debatidas en el juicio oral, público, contradictorio y concentrado, contando con la inmediación de las pruebas y con todas las garantías. El tercero de los artículos citados, el 382, precisa cuáles son las pruebas con las que se puede condenar, y para ello utiliza el nombre *medios de conocimiento*, con el que se refiere a la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental y la prueba de inspección. Además, incluye la evidencia física, así como cualquier otro medio técnico o científico que no viole

el ordenamiento jurídico. Finalmente, los artículos 23 y 360 hacen referencia a la evidencia lícita e ilegal<sup>7</sup>, la cual debe ser excluida por el juez al momento de apreciar las pruebas.

Los primeros artículos, 181-3 y 381 y 382 del Código de Procedimiento Penal (CPP), referentes a las reglas de producción y a los conceptos de prueba o medio de conocimiento, reflejan la existencia del sistema acusatorio creado por el Acto Legislativo 03 de 2002<sup>8</sup>, en la medida en que se reemplazó el principio de permanencia de la prueba por el principio del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías<sup>9</sup>, con lo cual los actos anteriores al juicio son simplemente actos de investigación o de preparación del juicio, y no de prueba.

En tal panorama, en vigencia de la Ley 906 de 2004, el juez de conocimiento no volvió a ver entrar en su despacho expedientes “con pruebas” enviadas por el fiscal con la acusación, sino que a partir de ese momento comenzó a ver evidencias que, una vez cumplieran con los requisitos exigidos para el efecto, se convertían en pruebas o en medios de conocimiento, según la descripción del artículo 382 citado.

Por otra parte, los artículos 23 y 360 del CPP, relacionados con la *exclusión de las evidencias*, son normas propias de un Estado de derecho, que también constituyen una reacción frente a una acción ilícita o ilegal realizada por los agentes del Estado, y en algunos casos por los particulares, en relación con las evidencias. En tales condiciones, la vigencia de la regla de exclusión deviene del modelo de Estado adoptado por Colombia: *social y democrático de derecho*,<sup>10</sup> y de las obli-

7 Sobre los conceptos de evidencia y prueba, y de licitud e ilegalidad, véase: Alfonso Daza González, Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión. Derecho Penal Contemporáneo, en *Revista Internacional Legis*, núm. 27, 2009, pp. 123-144.

8 Acto Legislativo 03 de 2002, “Por el cual se reforma la Constitución Nacional”. *Diario Oficial* 45.040.

9 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

10 Constitución Política de Colombia, artículo 1: “Colombia es un *Estado social de derecho*, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática*, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” [cursivas agregadas].

gaciones asumidas por este: a) servir a la comunidad<sup>11</sup>, b) respetar los derechos y las libertades reconocidos en la Convención<sup>12</sup> y c) garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción.<sup>13</sup>

Tales tratados instituyen como demandas imperativas: la dignidad humana; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes; la libertad personal; el derecho a la intimidad, la legalidad, la favorabilidad, la defensa, la libertad provisional como regla general y no como excepción; el derecho a la presunción de inocencia, a un debido proceso, a la celeridad en las actuaciones; el derecho a que una causa sea resuelta en un plazo razonable; el derecho a un juicio público, a apelar las decisiones adversas y el beneficio de la duda probatoria; entre otras garantías importantes.<sup>14</sup>

De este catálogo de garantías judiciales, y de su posterior constitucionalización en los sistemas nacionales, se derivan múltiples principios y valores que definen, delimitan, forman y dan contenido al derecho procesal penal.<sup>15</sup> A partir

11 Constitución Política de 1991, artículo 2: "Son fines esenciales del Estado: *servir a la comunidad*, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. *Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*". Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, artículo 2: "1. *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*". Convención Americana, Ley 16 de 1972, artículo 1: "1. *Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*" [cursivas agregadas].

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, par. 165.

13 *Ibid.*, par. 166.

14 Sobre las características del sistema procesal penal en un Estado social y democrático de derecho, véase: Alfonso Daza González, *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bogotá: Universidad Libre, 2011, p. 31 y ss.

15 Ver, por ejemplo, Rodrigo Uprimny Yepes, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, en Rodrigo Uprimny Yepes *et al.*, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: los grandes desafíos del juez penal colombiano* (2.ª ed). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006, pp. 22-59.

de ese momento, el proceso penal deja de entenderse como una estructura rígida, para constituir un sistema en permanente movimiento que intenta velar por el respeto de las garantías fundamentales, y hacia futuro, teniendo en cuenta las exigencias de eficiencia que le son inherentes, alcanzar un nivel de operatividad óptimo con respecto al fenómeno criminal.<sup>16</sup>

De esta manera, y para un mejor desarrollo de la investigación, se comenzará por la regla de exclusión a partir de los pronunciamientos que ha hecho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en torno al error de derecho por falso juicio de legalidad; luego, a partir de tal postura, se fortalecerá la posición en torno a la exclusión de las evidencias ilícitas e ilegales en la audiencia preliminar, en la audiencia preparatoria, en la audiencia del juicio oral y en sede de casación.

.....  
<sup>16</sup> Mirjan Damaska, Aspectos globales de la reforma del proceso penal, en Mauricio Duque Quiceno y Fernando Quiceno Álvarez (comps.), *Sistema acusatorio y juicio oral* (1.ª ed.). Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2004, p. 14.



## ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE LEGALIDAD: EXCLUSIÓN DE EVIDENCIAS ILÍCITAS E ILEGALES

### Concepto de evidencia

En primer lugar se debe señalar que en el sistema procesal penal acusatorio, que nació con el Acto Legislativo 03 de 2002<sup>17</sup>, a los elementos obtenidos por el primer respondiente: las Fuerzas Militares, la Policía de Vigilancia y la Policía Judicial (relacionados con la investigación), no se les puede denominar *pruebas* como se hacía en el anterior sistema procesal inquisitivo, sino que se deben denominar *evidencias*. Esto obedece a que actualmente rige el principio del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías<sup>18</sup>, en lugar del principio de permanencia de la prueba.

Es preciso aclarar que en virtud del principio de permanencia de la prueba, todos los elementos que obtenía el primer respondiente: las Fuerzas Militares, la Policía de Vigilancia y la Policía Judicial, se denominaban *pruebas*, sin que estas tuvieran que cumplir con ningún requisito especial para el efecto.

.....  
17 Acto Legislativo 03 de 2002, *op. cit.*

18 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: "El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá: [...] 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías".



Por el contrario, en el actual sistema, estas evidencias obtenidas por las respondientes antes mencionadas deben cumplir con unas estrictas reglas en su producción: legalización en la audiencia de control de garantías o en la audiencia preparatoria, cuando esto no se hiciere en la audiencia preliminar; descubrimiento a partir de la formulación de la acusación; admisibilidad en la audiencia preparatoria; y contradicción, certificación y autenticación en la audiencia del juicio oral y público, para que adquieran el carácter de pruebas.

Por esa razón, a partir del Acto Legislativo 03 de 2002, a las evidencias que hubiesen sido obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales se les va a denominar *evidencias ilícitas*, no *pruebas ilícitas*; y las que en su formación, independientemente de su obtención, desconozcan las ritualidades legales, se les denominará *evidencias ilegales*, no *pruebas ilegales*.

Una vez las evidencias cumplen con todos los requisitos de licitud frente a su obtención, de legalidad frente a su formación: reglas de producción, adquieren el carácter de medios de conocimiento,<sup>19</sup> y en tales condiciones el juez de conocimiento las puede valorar: reglas de apreciación,<sup>20</sup> a fin de proferir la respectiva decisión.<sup>21</sup>

### Exclusión de evidencias en sede de casación penal

Hecha la anterior explicación, a partir de este momento, independientemente de que la discusión verse sobre la obtención de la evidencia o de su formación, simplemente se dirá que las evidencias que desconozcan las reglas de producción por ilicitud o por ilegalidad deben ser excluidas de la actuación penal.

La exclusión es el camino a seguir, no el de las nulidades, pues estas están reservadas para las actuaciones procesales, y no para las pruebas. Tal situación

19 Ley 906 de 2004, artículo 382, *medios de conocimiento*: "Son medios de conocimiento la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico".

20 Ley 906 de 2004, artículo 380, *criterios de valoración*: "Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física se apreciarán en conjunto. Los criterios para apreciar cada uno de ellos serán señalados en el respectivo capítulo".

21 Ley 906 de 2004, artículo 381, *conocimiento para condenar*: "Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia".

•Error de derecho por falso juicio de legalidad: exclusión de evidencias ilícitas e ilegales.

se aclara con la lectura del artículo 217 de la Ley 600 de 2000, referente a las decisiones que se deben adoptar en sede de casación:

1. Si la causal aceptada fuere la primera, la segunda o la de nulidad, cuando ésta afecte exclusivamente la sentencia demandada, casará el fallo y dictará el que deba reemplazarlo.
2. Si la causal aceptada fuere la tercera, salvo la situación a que se refiere el numeral anterior, declarará en qué estado queda el proceso y dispondrá que se envíe al funcionario competente para que proceda de acuerdo a lo resuelto por la Corte.

De acuerdo con lo anterior, la única nulidad que se debe declarar en sede de casación es la que tiene que ver con la actuación procesal, no con las pruebas, pues sobre estas está claro que al realizarse el ataque por vía de la violación indirecta, la Corte debe casar y dictar fallo de reemplazo.

En tales condiciones, frente a los errores de derecho en los que incurre el juez al apreciar las evidencias que no han cumplido con las reglas de producción para ser consideradas como pruebas, ora por ilicitud, ora por ilegalidad, la vía expedita para tal censura en sede de casación penal no es la de la nulidad, sino la de la violación indirecta de la ley sustancial por error de derecho, en modalidad de falso juicio de legalidad.

Sobre la exclusión de las pruebas que no han cumplido con los requisitos legales exigidos para el efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos, aun anteriores a la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señaló que los errores que se presentan en la producción de la prueba son de derecho, y su ataque se debe hacer por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial como errores de derecho, por falso juicio de legalidad, y su consecuencia debe ser la exclusión. Al respecto ha señalado:

En efecto, el cargo a que hacen referencia por concretarse a la consideración de pruebas ilegalmente producidas, ha debido ser propuesto al amparo de la violación indirecta de la ley sustancial y orientado a la demostración de la existencia de errores de derecho en la apreciación de las pruebas, y no como allí se hace, dentro de la causal de nulidad. [...]

Lo anterior, porque la ilegalidad de la prueba por desconocimiento de sus propios ritos de formación, una vez admitida, encuentra como sanción procesal, no tenerla en cuenta en el momento de la apreciación. Luego, el vicio que tal situación comporta, radica en estricto, en el sentenciador cuando toma en cuenta un medio o errores *in*

*iudicando*, por oposición al vicio de actividad o error *in procedendo*, fundamento de la nulidad, como antes se expuso. [...]

Y si esto es así, constituye violación indirecta a la ley sustancial por error de derecho en la apreciación de las pruebas y así debe ser propuesto. Entre otras razones para que, como consecuencia del recurso, pueda la Corte dictar el fallo de reemplazo, prescindiendo de apreciar los medios ilegalmente producidos y tenidos en cuenta en la sentencia acusada. Esta ha sido, precisamente, la postura sostenida por la Sala respecto al punto.<sup>22</sup>

### En otra decisión precisó:

Como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte, cuando el medio probatorio allegado al diligenciamiento no reúne los requisitos que condicionan su validez para ser estimado por el fallador, el ataque debe postularse por los linderos del error de derecho por falso juicio de legalidad y no de hecho por falso juicio de existencia, como erradamente lo formula la casacionista.

En efecto, el error de hecho, por falso juicio de existencia por suposición del medio de prueba, hace referencia a que éste no obra materialmente en el proceso y el juzgador lo imagina; mientras que *en el error de derecho por falso juicio de legalidad, el elemento de convicción existe físicamente en la actuación pero no jurídicamente, pues fue allegado sin la observancia de las prescripciones legales que condicionan su validez, no obstante lo cual el juzgador lo aprecia.*<sup>23</sup> [cursivas agregadas]

### Asimismo, en otra decisión manifestó:

*El error de derecho por falso juicio de legalidad se presenta cuando el juzgador, al apreciar una determinada prueba, le otorga valor probatorio porque considera que cumple los requisitos formales que la ley exige para su validez jurídica, no cumpliéndolos (falso juicio de legalidad positivo), o cuando no le concede valor porque considera que no los reúne, cumpliéndolos (falso juicio de legalidad negativo).*<sup>24</sup> [cursivas agregadas].

### Y en una decisión más señaló:

En eventos como el planteado por el libelista, tiene dicho la Corte que el juicio de legalidad respecto del proceso de producción de la prueba, dice relación con las normas

.....  
<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de agosto de 1998, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de septiembre de 1999, Exp. 14736, M. P. Jorge Córdoba Poveda.

<sup>24</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de mayo de 2004, Exp. 21429, M. P. Mauro Solarte Portilla.

que regulan sus propios ritos de formación y la manera legítima de incorporarla al proceso, es decir, con el principio de legalidad en materia probatoria y la observancia de los presupuestos y formalidades exigidos para cada medio.

Cuando se alega la ilegal aducción de una prueba al proceso, y como tal es objeto de estimación por parte del juzgador, los vicios que en un momento determinado puedan afectar su validez, no trascienden a la estructura del proceso, ni las irregularidades cometidas en desarrollo de su práctica se comunican a la actuación procesal. *Su sanción es la inexistencia jurídica, lo cual conlleva a que el sentenciador no lo tenga en cuenta, por lo que su postulación, acorde con la técnica casacional, no puede hacerse con fundamento en la causal tercera sino en la primera, cuerpo segundo, por error de derecho por falso juicio de legalidad [énfasis suplido].*

Así, la incorrecta selección de la causal para denunciar el vicio da al traste con la aspiración del demandante, postura equívoca que se patentiza aún más con su petición incoherente de fallo de sustitución, en total desarmonía con el motivo de casación aducido –nulidad–. *Debe recordarse que en el error de derecho por falso juicio de legalidad, lo único ineficaz es el elemento de convicción, del que no dependen los restantes medios aducidos legalmente, ni los demás actos procesales, también legalmente realizados.* En cambio, la nulidad vicia de ilegalidad el proceso y, por lo tanto, la sentencia, trasciende a toda la actuación desde que se presentó la causal, de modo que la única alternativa es invalidar el proceso o, si la nulidad afecta exclusivamente la sentencia impugnada, casar el fallo y dictar el de reemplazo, situación esta última, que al desgaire apenas si enuncia el actor sin fórmula de juicio alguno. [...]

En punto de la trascendencia, será necesario entonces efectuar un nuevo examen integral del acervo probatorio, *excluyendo las pruebas ilegalmente acopiadas*, o ponderando las desestimadas por el sentenciador a pesar de su legal incorporación al proceso, para de esta manera, lograr demostrar la ilegalidad de la sentencia a efecto de que la Corte pueda sustituirla.<sup>25</sup> [cursivas agregadas]

### Y en un pronunciamiento más reciente señaló:

Pues bien, con referencia a las taxativas causales de casación señaladas en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, se tiene dicho que la del numeral 3º hace alusión a la denominada violación indirecta de la ley sustancial —manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia—. *Sobre el punto, ha dicho la Sala que desconocer las reglas de producción alude a los errores de derecho que se manifiestan por los falsos juicios de legalidad*

.....  
25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de junio de 2006, Exp. 24804, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

—práctica o incorporación de las pruebas sin observancia de los requisitos contemplados en la ley—, o, excepcionalmente, por falso juicio de convicción, mientras que el desconocimiento de las reglas de apreciación hace referencia a los errores de hecho que surgen a través del falso juicio de identidad-distorsión o alteración de la expresión fáctica del elemento probatorio, del falso juicio de existencia-declarar un hecho probado con base en una prueba inexistente u omitir la apreciación de una allegada de manera válida al proceso —y del falso raciocinio— fijación de premisas ilógicas o irrazonables por desconocimiento de las pautas de la sana crítica.<sup>26</sup> [cursivas agregadas]

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar que los errores de derecho que se cometen en la producción de la prueba, tanto por ilicitud como por ilegalidad, llevan a que tales evidencias sean excluidas del conocimiento del juez al momento de adoptar el fallo respectivo.

### Oportunidades procesales para solicitar la exclusión de las evidencias ilícitas e ilegales

No obstante que la exclusión se puede proponer en sede de casación por vía del error de derecho por falso juicio de legalidad, la exclusión de evidencias bien sea por ilicitud o por ilegalidad, no solo para demostrar que se desarrolló el principio de interés para recurrir, se debe plantear en las audiencias preliminares, en la preparatoria y en la audiencia del juicio oral.

Así, tratándose de evidencias obtenidas de manera ilícita, el primer escenario para solicitar su exclusión es la audiencia preliminar<sup>27</sup> ante el juez con función de control de garantías<sup>28</sup>, o en su defecto, y entendiendo que esta es la excepción, en la audiencia preparatoria.<sup>29</sup>

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 14 de abril de 2010, Exp. 3691, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

27 Artículo 153, *noción*: “Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías”.

28 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a: [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías, las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, *la conservación de la prueba* y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas” [cursivas agregadas; el término correcto es *evidencia*, no *prueba*].

29 Ley 906 de 2004, artículo 360, *prueba ilegal*: “El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código”.

•Error de derecho por falso juicio de legalidad: exclusión de evidencias ilícitas e ilegales.

En lo referente a las evidencias que en su formación han desconocido la legalidad, su exclusión debe hacerse en la audiencia preparatoria (artículo 360 del CPP), o en la audiencia del juicio oral, por vía de la oposición (objeción) durante el contrainterrogatorio o el recontrainterrogatorio del testigo de la contraparte con el que se pretende introducir la evidencia<sup>30</sup>; objeción sobre la cual el juez de conocimiento debe pronunciarse.<sup>31</sup>

Finalmente, la solicitud de exclusión debe hacerse en los alegatos de conclusión.<sup>32</sup> Sobre esta petición, el juez de conocimiento debe pronunciarse en el sentido del fallo.<sup>33</sup>

30 Ley 906 de 2004, artículo 391, *interrogatorio cruzado del testigo*: “Todo declarante, luego de las formalidades indicadas en el artículo anterior, en primer término será interrogado por la parte que hubiere ofrecido su testimonio como prueba. Este interrogatorio, denominado directo, se limitará a los aspectos principales de la controversia, se referirá a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de las respuestas. En segundo lugar, si lo desea, la parte distinta a quien solicitó el testimonio, podrá formular preguntas al declarante en forma de contrainterrogatorio que se limitará a los temas abordados en el interrogatorio directo. Quien hubiere intervenido en el interrogatorio directo podrá agotar un turno de preguntas dirigidas a la aclaración de los puntos debatidos en el contrainterrogatorio, el cual se denomina redirecto. En estos eventos deberán seguirse las mismas reglas del directo. Finalmente, el declarante podrá ser nuevamente preguntado por la otra parte, si considera necesario hacer claridad sobre las respuestas dadas en el veredicto y sujeto a las pautas del contrainterrogatorio”.

31 Ley 906 de 2004, artículo 395, *oposiciones durante el interrogatorio*: “La parte que no está interrogando o el Ministerio Público, podrán oponerse a la pregunta del interrogador cuando viole alguna de las reglas anteriores o incurra en alguna de las prohibiciones. *El juez decidirá inmediatamente si la oposición es fundada o infundada.* [cursivas agregadas]

32 Ley 906 de 2004, artículo 443, *turnos para alegar*: “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. A continuación se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriera la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Las réplicas se limitarán a los temas abordados”.

33 Ley 906 de 2004, artículo 446, *contenido*: “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y *deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales.* El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso previsto en el artículo anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable o inocente”. [cursivas agregadas]



### Regla de exclusión

Sobre la regla de exclusión de las evidencias obtenidas ilícitamente siempre hemos compartido la definición dada por el profesor Chiesa Aponte, en razón a que hace referencia a la necesidad de disuadir a los funcionarios para que no violen la Constitución, a los jueces para no se conviertan en cómplices de tales actos y al Gobierno para que no se beneficie de ellos.<sup>34</sup> Además, esta definición se ajusta a los fines del modelo de Estado adoptado por Colombia: social y democrático

.....  
34 Véase a Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (vol. I). Bogotá: Editorial Forum 2008, p. 184: "La regla de exclusión es una totalmente basada en consideraciones de política pública ["policy" en la zona de justia criminal], sin que pueda invocarse a su favor algún fundamento intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad. De ahí el debate en torno a la necesidad o deseabilidad de la regla de exclusión como mecanismo o remedio para hacer valer la Enmienda Cuarta. Los fundamentos de la regla son, en esencia, tres, a saber: 1) disuadir o desalentar a los funcionarios del orden público a que no violen la protección constitucional; esto es lo que se conoce por "deterrence"; 2) integridad judicial: las cortes no deben ser cómplices de la desobediencia a la Constitución, al recibir la evidencia ilegalmente obtenida; 3) impedir que el gobierno se beneficie de sus propios actos ilegales; de otra manera el pueblo pierde confianza en el gobierno" [véase LaFave & Israel, *Criminal Procedure* SS3.1 (b), página 80 (WestPublishing Co 1985)].



de derecho<sup>35</sup>, lo que a la vez resulta coherente con las obligaciones internacionales asumidas por este: proteger, respetar y garantizar los derechos de todas las personas.<sup>36</sup>

En relación con el modelo de Estado adoptado por Colombia, esta regla adquiere mayor relevancia en la medida en que protege sus fines esenciales: el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, la protección de los derechos y libertades ciudadanos, entre otros. En esta forma estatal, la salvaguardia de la persona humana, en sus esferas individual y social, es la principal tarea de las autoridades públicas, y como dice la Corte Constitucional, “la imposición de límites al poder punitivo del Estado garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas”.<sup>37</sup>

En el mismo sentido, se comparte lo señalado por el autor cuando afirma: “Decir que la regla de exclusión amarra las manos a la policía es inexacto, pues lo que amarra las manos es la Cuarta Enmienda”.<sup>38</sup> Indica que la cláusula de exclusión no es un obstáculo para que las Fuerzas Militares, la Policía Nacional y la Policía Judicial cumplan con sus funciones, sino que lo son la Constitución Política y demás normas que integran el denominado “bloque de constitucionalidad”.<sup>39</sup>

Sobre la regla de exclusión, aspecto que también se comparte, el autor señala que esta se basa en consideraciones de la política pública (“policy” en la zona de justicia criminal), “sin que se pueda invocar en su favor algún fundamento

35 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

36 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2: “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Convención Americana, artículo 1: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. [cursivas agregadas]

37 Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

38 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit. p. 189.

39 Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-588 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

•Evidencias obtenidas ilícitamente•

intrínseco desde el punto de vista del fin del derecho probatorio: la búsqueda de la verdad”.<sup>40</sup>

Tal argumento está sustentado en las razones de dicha regla, que no son otras que las de proteger la Constitución de los Estados Unidos, en particular, la *Cuarta Enmienda*:

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.<sup>41</sup>

En tal sentido, el profesor Chiesa señala que esta es la base constitucional para la protección contra todo tipo de detención personal (arresto u otro tipo de intervención con la libertad de movimiento), registros e incautaciones del hogar, de vehículos, de efectos personales o cualquier propiedad o lugar sobre la que el ciudadano tenga algún tipo de expectativa razonable a intimidad. El concepto clave es la razonabilidad de la actuación gubernamental. La protección es contra actuación irrazonable del gobierno.<sup>42</sup> Y concluye que cuando se arresta o se registra en violación al mandato constitucional, el remedio para la violación a la garantía constitucional es la regla de exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida.<sup>43</sup>

### **Análisis del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política y del artículo 23 del Código de Procedimiento Penal**

Al igual que en el sistema de Puerto Rico, en Colombia el inciso final del artículo 29<sup>44</sup> de la Constitución Política de 1991 y el artículo 23<sup>45</sup> del Código de

40 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., p. 184.

41 “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias, contra registros, detenciones e incautaciones irrazonables, y no se expedirá ningún mandamiento sino en virtud de causa probable, apoyado en juramento o afirmación, que describa particularmente el lugar que ha de ser registrado, y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas” [traducción propia].

42 Cfr. Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., p. 181.

43 Ibid., p. 183.

44 Constitución Política de 1991, artículo 29: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. [...] Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

45 Ley 906 de 2004, artículo 23, *cláusula de exclusión*: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento

Procedimiento Penal sancionan al Estado, e inclusive al particular, cuando en el proceso de obtención de evidencias estos vulneran los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es preciso resaltar que la sanción a la que estos artículos se refieren es a la “nulidad de pleno derecho”, no a la “exclusión”.

En el primer capítulo se hicieron precisiones frente a la exclusión; ahora se harán las siguientes precisiones frente a lo señalado en los artículos 23 de la Ley 906 de 2004 y 29 de la Carta Política. El artículo 23 de la Ley 906 de 2004, desconociendo que el principio de permanencia de la prueba fue desplazado por el principio del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías, hace referencia a la obtención de pruebas, y no de evidencias.

En segundo lugar, indica que cuando estas “pruebas” son obtenidas con violación de garantías fundamentales, se deben declarar nulas de pleno derecho y, además, se deben excluir de la actuación procesal. No es que se aparte de la conclusión final: exclusión, sino de la declaratoria de nulidad para hacerlo, pues como se indicó anteriormente, frente a las pruebas no procede su nulidad, sino su exclusión.

En este orden, tal situación referente al empleo de los términos *prueba* y *nula de pleno derecho* se presenta porque para dar vida a este artículo, el legislador lo construyó a partir del inciso final del artículo 29 de la Constitución Política de 1991, y por eso quedó de esa manera. Sin embargo, el legislador no advirtió que ese inciso final del artículo 29 de la Carta Política no podía hacerlo extensivo a la Ley 906 de 2004, en razón a que en temas procesales penales la propia Constitución había sido modificada por el Acto Legislativo 03 de 2002, que a su vez había creado el sistema acusatorio<sup>46</sup>, y por ello la descripción que se quisiera

---

recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia”.

46 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 4, *transitorio*: “Confórmese una comisión integrada por el Ministro de Justicia y del Derecho, el Fiscal General de la Nación, quien la presidirá, el Procurador General de la Nación, el Presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura, o los delegados que ellos designen, tres Representantes a la Cámara y tres Senadores de las Comisiones Primeras, y tres miembros de la Academia designados de común acuerdo por el Gobierno y el Fiscal General, para que, por conducto de este último, presente a consideración del Congreso de la República a más tardar el 20 de julio de 2003, los proyectos de ley pertinentes para adoptar el nuevo sistema y adelante el seguimiento de la implementación gradual del sistema. [...] Con el fin de conseguir la transición hacia el sistema acusatorio previsto en el presente Acto Legislativo, la ley tomará las previsiones para garantizar la presencia de los servidores públicos necesarios para el adecuado funcionamiento del nuevo en particular, el traslado de cargos entre la Fiscalía General de la Nación, la Rama Judicial, la Defensoría del Pueblo, y los organismos que cumplen

dar debía atender los principios de este acto legislativo<sup>47</sup> y las características del sistema procesal creado.

Tal manifestación conduce a afirmar que el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 no solo se debe analizar e interpretar en conjunto con las normas que integran el “bloque de constitucionalidad”<sup>48</sup>, sino que se debe analizar e interpretar con los principios que rigen el Acto Legislativo 03 de 2002 y con las características que rigen el sistema acusatorio, es decir, que se debe hacer referencia a “evidencia” y a “exclusión”.

Frente a lo señalado en el inciso 2 del artículo 23 de la Ley 906 de 2004, salvo por el empleo del término *pruebas* —que, se entiende, hace referencia a evidencias, en lo que a su vez hace relación a las evidencias, que también se derivan de otras evidencias obtenidas ilícitamente—, se concuerda con su exclusión no solo porque se trata de errores de derecho insalvables en la medida en que hubo afectación de derechos fundamentales, sino porque frente a las eventuales excepciones contempladas en la ley, como el vinculado atenuado, el descubrimiento inevitable y la fuente independiente (contempladas en el artículo 455 de la Ley 906 de 2004), el legislador, más allá de su mención, no se dio a la tarea de su reglamentación y por eso no son aplicables.

## Dignidad humana en la prevención del delito: registros personales y registros vehiculares

Hecha la anterior aclaración, se procede a analizar la manera en la que el Código de Procedimiento Penal protege los derechos a la dignidad humana<sup>49</sup>

---

funciones de policía judicial. El Gobierno Nacional garantizará los recursos para la implementación gradual del sistema acusatorio y para la consolidación de un Sistema Nacional de Defensoría Pública”.

47 Acto legislativo 03 de 2002. artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías”.

48 Esta expresión ha sido explicada ampliamente en la jurisprudencia constitucional. Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-588 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

49 Constitución Política de 1991, artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

y a la intimidad<sup>50</sup> de los ciudadanos en la prevención del delito. En ese sentido, lo primero que se debe observar es que el artículo 208<sup>51</sup> del Código de Procedimiento Penal establece que solamente los funcionarios de la Policía Nacional que ejercen actividad de policía pueden realizar registros personales y registros vehiculares, siempre y cuando, obviamente, existan motivos fundados.<sup>52</sup> Significa lo anterior que quedan por fuera de tal facultad las Fuerzas Militares y la Policía Judicial, incluida la de la Policía Nacional.

Si bien se ha terminado por aceptar que las Fuerzas Militares pueden realizar registros personales y vehiculares en los términos de la Sentencia C-789 de 2006<sup>53</sup>: externos, no invasivos, en los primeros, y para verificar personas y cosas que se transportan, está claro que tal función la deben efectuar en ejercicio de sus

50 Constitución Política de 1991, artículo 15: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".

51 Ley 906 de 2004, artículo 208: "Actividad de policía. Cuando en ejercicio de la actividad de policía, los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, \*(inspección corporal)\*, registro de vehículos \*(y otras diligencias similares)\*, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial". Nota: Las expresiones entre paréntesis y asteriscos fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-789 de 20 de septiembre de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; en la misma providencia fue declarada exequible la expresión *registro de vehículos* y condicionalmente la expresión *registro personal*, en el entendido que se trata de una revisión externa, superficial y no invasiva.

52 En el sistema de Puerto Rico, para la expedición de la orden de arresto o registro se requiere causa probable basada en juramento o afirmación. Esto significa que el magistrado deberá contar con al menos una declaración bajo juramento o afirmación ("afirmación" solo se refiere a un mecanismo equivalente a juramento en cuanto exponer al afirmante a perjurio en caso de declarar falsamente, cuando hay algún reparo ideológico-religioso a jurar. Esto es similar a la Regla 39 de las de Evidencia de Puerto Rico y a la Regla Federal 603 de Evidencia, que incluyen la "Afirmación" con alternativa al juramento) que le permita concluir que hay causa probable vinculada con la comisión de un delito y se halla en el lugar a ser registrado (orden de registro o allanamiento), o que la persona a ser arrestada probablemente cometió el delito que se le imputa (orden de arresto). Al respecto, véase: Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., pp. 181-182.

53 Corte Constitucional, Sentencia C-789 del 20 de septiembre de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

•Evidencias obtenidas ilícitamente•

funciones<sup>54</sup> y con restricción a los lugares donde presta sus servicios la Policía Nacional, salvo que los motivos estén fundados en sus funciones constitucionales.

Tal limitación se hace porque a diferencia de la Policía Nacional, que es un cuerpo armado de naturaleza civil creado para garantizar la convivencia pacífica<sup>55</sup>, las Fuerzas Militares tienen carácter marcial y combativo, lo cual no resulta compatible con la protección y el cuidado del Código Nacional de Policía<sup>56</sup>, a cargo de la Policía Nacional.

### **Dignidad humana en la investigación del delito: inspección corporal, obtención de muestras que involucren al imputado y procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales**

Respecto al análisis del artículo 208 del CPP, en virtud de lo establecido en la Sentencia C-789 de 2006 de la Corte Constitucional —en la que se declaró la inexequibilidad de la *inspección corporal* y de la expresión y *otras diligencias similares* como facultades de la Policía de Vigilancia—, es preciso señalar que frente la *inspección corporal*, la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de los artículos 247, 248, 249 y 250 del CPP, en la Sentencia C-822 de 2005<sup>57</sup> se pronunció frente a ese procedimiento, y en tales condiciones señaló que debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. La inspección corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial

54 Constitución Política de 1991, artículo 217: "La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. *Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*" [cursivas agregadas].

55 Constitución Política de 1991, artículo 218: "La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz".

56 Decreto 1355 de 1970, "Por el cual se dictan normas sobre Policía", artículo 1: "La policía está instituida para proteger a los habitantes del territorio colombiano en su libertad y en los derechos que de ésta se derivan, por los medios y con los límites estatuidos en la Constitución Nacional, en la ley, en las convenciones y tratados internacionales, en el reglamento de policía y en los principios universales del derecho"; artículo 2: "A la policía compete la conservación del orden público interno. El orden público que protege la policía resulta de la prevención y eliminación de las perturbaciones de la seguridad, de la tranquilidad de la salubridad y la moralidad públicas. A la policía no le corresponde remover la causa de la perturbación".

57 Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente, y de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;

- b. Cuando el imputado invoque circunstancias extraordinarias, no tenidas en cuenta al conferir la autorización judicial, para negarse a permitir la inspección corporal, se deberá acudir al juez de control de garantías que autorizó la medida para que éste defina las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar, o la niegue;
- c. La inspección corporal siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.2.2.5. de esta sentencia.

En lo referente a los *registros personales*, distintos a los realizados por la Policía de Vigilancia (artículo 208 del CPP), en la misma sentencia se indicó:

- a. Salvo el registro incidental a la captura, el registro corporal requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente y, de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b. El juez de control de garantías también definirá las condiciones bajo las cuales ésta se podrá practicar en el evento de que la persona sobre la cual recae el registro se niegue a permitir su práctica.

En lo relacionado con la *obtención de muestras que involucren al imputado*, en dicha decisión la Corte Constitucional señaló:

- a. La obtención de muestras requiere autorización previa del juez de control de garantías, el cual ponderará la solicitud del fiscal, o de la policía judicial en circunstancias excepcionales que ameriten extrema urgencia, para determinar si la medida específica es o no pertinente, y de serlo, si también es idónea, necesaria y proporcionada en las condiciones particulares del caso;
- b. La obtención de muestras siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado, en los términos del apartado 5.4.2.5 de esta sentencia.

Y tratándose del *procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales*, la Corte Constitucional señaló:

- a. [Que] la víctima o su representante legal, haya dado su consentimiento libre e informado para la práctica de la medida;
- b. De perseverar la víctima en su negativa, el juez de control de garantías podrá autorizar o negar la medida, y la negativa de la víctima prevalecerá salvo cuando el juez, después de ponderar si la medida es idónea, necesaria y proporcionada en las circunstancias del caso, concluya que el delito investigado reviste extrema gravedad y dicha medida se la única forma de obtener una evidencia física para la determinación de la responsabilidad penal del procesado o de su inocencia;
- c. No se podrá practicar la medida en persona adulta víctima de delitos relacionados con la libertad sexual, sin su consentimiento informado y libre;
- d. La práctica de reconocimiento y exámenes físicos para obtener muestras físicas, siempre se realizará en condiciones de seguridad, higiene, confiabilidad y humanidad para la víctima, en los términos del apartado 5.5.2.6. de esta sentencia. Cierra cita

Del análisis de los artículos 208 y 247 y siguientes del CPP y de estas dos sentencias de la Corte Constitucional, C-822 de 2005 y C-789 de 2006, se hacen las siguientes conclusiones:

- a. Salvo algunas excepciones de las Fuerzas Militares, amparados en la existencia de motivos fundados y relacionados con su marco funcional, solo la Policía de Vigilancia de la Policía Nacional puede realizar registros personales y vehiculares. No más. Ni siquiera los funcionarios de Policía Judicial de la Policía Judicial Nacional pueden realizar este procedimiento, so pena de que las evidencias así obtenidas sean declaradas ilícitas por vulneración del derecho a la dignidad humana y, en consecuencia, la captura motivada en tales evidencias debe ser declarada ilegal.
- b. La *inspección corporal*, los *registros personales* –distintos a los realizados por la Policía de Vigilancia (artículo 208 del CPP)–, la *obtención de muestras que involucren al imputado* y el *procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales* reclaman la vigencia de una orden del juez con funciones de control de garantías, la presencia del defensor del imputado –no del indiciado– y las condiciones de higiene



que garanticen la dignidad humana del imputado, so pena de que su incumplimiento conlleve la exclusión de las evidencias así obtenidas.

- c. Adicionalmente, y como una interpretación errónea del artículo 247 del CPP sobre la inspección corporal, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-822 de 2005, hizo referencia al consentimiento del imputado para esta diligencia, y al señalar que frente “a la falta de consentimiento del imputado a la realización de la inspección corporal, conduce a un examen aún más estricto por parte del juez de control de garantías”<sup>58</sup>, generó, en las autoridades públicas: Policía de Vigilancia, funcionarios del INPEC e incluso jueces con funciones de control de garantías, la falsa idea de que tales procedimientos pueden realizarse solo con el consentimiento del imputado —en la mayoría de las veces, apenas un mero indiciado—, lo que es incompatible con lo señalado en la norma procesal penal, y a todas luces es provocador de la exclusión de las evidencias obtenidas por vulneración del derecho a la dignidad humana.

### **Derecho a la intimidad: búsqueda selectiva en bases de datos privados**

En relación con la búsqueda selectiva en bases de datos (artículo 244 del CPP), es importante señalar que existen dos tipos de bases de datos: las públicas y las privadas. Las primeras se entienden como aquellas a las que comúnmente acceden los ciudadanos sin ninguna autorización legal, como las Cámaras de Comercio y las Superintendencias de Notariado y Registro, entre otras; la Policía Judicial tampoco requiere orden de autorización judicial para acudir a ellas. Pero tratándose de las bases de datos privadas, la Policía Judicial sí requiere orden de autoridad judicial, en este caso, del juez con funciones de control de garantías.

Al respecto, la Corte Constitucional, en aras de proteger el derecho a la dignidad humana de las personas, precisó en la Sentencia C-336 de 2007:

En ese orden de ideas, estima la Corte que de conformidad con el numeral 3° del artículo 250 superior, la búsqueda selectiva en las bases de datos personales computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, que realice la Fiscalía General de la Nación, debe contar siempre con la autorización previa del juez de control de garantías y referirse a la información que se acopia con fines legales, por instituciones o entida-

58 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-822 del 10 de agosto de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

•Evidencias obtenidas ilícitamente.

des públicas o privadas debidamente autorizadas para ello, por estar de por medio el derecho fundamental al *habeas data*. Sólo, en este sentido, los apartes acusados de los artículos 14 y 244 de la Ley 906 de 2004 resultan compatibles con la Constitución y por ende se declarará su exequibilidad condicionada.<sup>59, 60</sup>

## Derecho a la intimidad en registros y allanamientos en la investigación del delito

La protección del derecho a la intimidad deviene de los artículos 15<sup>61</sup>, 28<sup>62</sup> y 32<sup>63</sup> de la Constitución Política. Del análisis de estos artículos se desprende lo siguiente: a) todos tenemos derecho a la intimidad; b) el Estado debe respetar ese derecho y hacerlo respetar; c) ese derecho se puede vulnerar en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales, sustentado en motivos fundados, y d) en situaciones de flagrancia, previo el consentimiento del morador, este se puede vulnerar.

.....  
59 Sobre los criterios para determinar cuando es procedente el condicionamiento de una disposición sometida a control, ha dicho la Corte que si la disposición legal admite varias interpretaciones, de las cuales algunas violan la Carta pero otras se adecúan a ella, entonces corresponde a la Corte proferir una constitucionalidad condicionada o sentencia interpretativa que establezca cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no son legítimos constitucionalmente. En este caso, la Corte analiza la disposición acusada como una proposición normativa compleja que está integrada por otras proposiciones normativas simples, de las cuáles algunas, individualmente, no son admisibles, por lo cual ellas son retiradas del ordenamiento. Sobre el desarrollo de esta regla se pueden ver, entre otras, las sentencias C-496 de 1994, C-109 de 1995, C-690 de 1996, C-499 de 1998, C-488 de 2000, C-557 de 2001, C-128 de 2002 y C- 492 de 2000.

60 Corte Constitucional, Sentencia C-336 del 9 de mayo de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño

61 Constitución Política de 1991, artículo 15: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

62 Constitución Política de 1991, artículo 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley. En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”.

63 Constitución Política de 1991, artículo 32: “El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador”.

No obstante, el numeral 1 del artículo 230<sup>64</sup> del CPP establece una excepción a los aspectos antes mencionados: indica que la Policía Judicial puede realizar registros y allanamientos sin que medie la orden del fiscal y sin que existan situaciones de flagrancia que lo ameriten, sino que simplemente basta con la existencia de motivos fundados y con la autorización del morador para que estos funcionarios puedan afectar ese derecho.

Esta excepción la declaró exequible la Corte Constitucional en la Sentencia C-806 de 2009<sup>65</sup>, luego de que se pidiera la inexequibilidad del numeral 1 del artículo 230 procesal. En todo caso, estableció que los funcionarios de Policía Judicial deben realizar un control posterior en los términos del artículo 237 del CPP para explicar los motivos fundados que justificaron este procedimiento y la manera como adelantaron el registro. A dicha diligencia debe asistir el morador, para que indique si él prestó el consentimiento para el procedimiento y para que aclare si este fue realizado sin abusos, arbitrariedades o caprichos de los funcionarios; de lo contrario, el juez con función de control de garantías procederá a excluir las evidencias y a declarar las respectivas ilegalidades de captura.

De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que en la investigación del delito el único funcionario que la puede afectar es el policía judicial, siempre y cuando cumpla con los mandatos constitucionales y legales exigidos para el efecto. En lo referente a las Fuerzas Militares y la Policía de Vigilancia, podrán afectar este derecho en los casos de flagrancia y en los eventos en los que no exista una expectativa razonable a la intimidad.<sup>66</sup> Hecha la anterior precisión, se debe señalar

64 Ley 906 de 2004, artículo 230, *excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento* (modificado por el artículo 51, Ley 1453 de 2011): "Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: 1. Medie consentimiento expreso del propietario o simple tenedor del bien objeto del registro, o de quien tenga interés por ser afectado durante el procedimiento. En esta eventualidad, no se considerará como suficiente la mera ausencia de objeciones por parte del interesado, sino que deberá acreditarse la libertad del afectado al manifestar la autorización para el registro".

65 Corte Constitucional, Sentencia C-806 del 11 de noviembre de 2009, Exp. D-7707, accionante: Alfonso Daza González, M. P. María Victoria Calle Correa.

66 Ley 906 de 2004, artículo 230 (modificado por la Ley 1453 de 2011, artículo 51), *excepciones al requisito de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento*: "Excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la policía judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando: [...] 2. No exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado. 3. Se trate de situaciones de emergencia tales como incendio, explosión, inundación u otra clase de estragos que pongan en peligro la vida o la

que para la práctica de los registros y allanamientos, es necesario atender las siguientes reglas:

1. *Procedencia de los registros y allanamientos (artículo 219 del CPP).*
  - a) Con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física, o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado; b) orden del fiscal delegado; c) realizado por la Policía Judicial.
2. *Fundamento para la orden de registro y allanamiento (artículo 220 del CPP).* Existencia de motivos fundados y relacionados con la ocurrencia del delito investigado.
3. *Respaldo probatorio para los motivos fundados (artículo 221 del CPP).*
  - a) Los motivos fundados y respaldados, al menos en informe de Policía Judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado; b) cuando se trate de declaración jurada del testigo, el fiscal deberá estar presente, con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad; c) si se trata de un informante, la Policía Judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable; d) cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, videos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma, donde bajo juramento el funcionario de la Policía Judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos.
4. *Objetos no susceptibles de registro (artículo 223 del CPP).* a) Las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con sus abogados; b) las comunicaciones escritas entre el indiciado, imputado o acusado con las personas que por razón legal están excluidas del deber de testificar; c) los archivos de las personas indicadas en los numerales precedentes que contengan información confidencial y relativa al indiciado,

---

propiedad, o en situaciones de riesgo inminente de la salud, la vida o integridad personal o sexual de un menor de edad. En caso de los anteriores numerales la fiscalía deberá someter a control posterior de legalidad esta diligencia en los términos del artículo 237 de este código”.

imputado o acusado (este apartado también cobija los documentos digitales, videos, grabaciones, ilustraciones y cualquier otra imagen que sea relevante a los fines de la restricción); d) parágrafo: estas restricciones no son aplicables cuando el privilegio desaparece, ya sea por su renuncia o por tratarse de personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado o de uno conexo, o que se encuentre en curso, o se trate de situaciones que constituyan una obstrucción a la justicia.

5. *Plazo de diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (artículo 224 del CPP).* a) En un término máximo de treinta (30) días si se trata de la indagación, y de quince (15) días si se trata de una que tenga lugar después de la formulación de la imputación; b) en el evento de mediar razones que justifiquen una demora, el fiscal podrá, por una sola vez, prorrogarla hasta por el mismo tiempo.
6. *Reglas particulares para el diligenciamiento de la orden de registro y allanamiento (artículo 225, modificado por Ley 1453/2011, artículo 50).* a) El registro se adelantará exclusivamente en los lugares autorizados y en el evento de encontrar nuevas evidencias de la comisión de los delitos investigados; además, podrá extenderse a otros lugares, incluidos los que puedan encuadrarse en las situaciones de flagrancia; b) se garantizará la menor restricción posible de los derechos de las personas afectadas con el registro y allanamiento, por lo que los bienes incautados se limitarán a los señalados en la orden, salvo que medien circunstancias de flagrancia o que aparezcan elementos materiales probatorios y evidencia física relacionados con otro delito; c) se levantará un acta que resuma la diligencia en la que se hará indicación expresa de los lugares registrados, de los objetos ocupados o incautados y de las personas capturadas; además, se deberá señalar si hubo oposición por parte de los afectados, y en el evento de existir medidas preventivas policivas, se hará mención detallada de la naturaleza de la reacción y las consecuencias de ella; d) el acta será leída a las personas que aleguen haber sido afectadas por el registro y allanamiento y se les solicitará que firmen si están de acuerdo con su contenido; en caso de existir discrepancias con lo anotado, deberán dejarse todas las precisiones solicitadas por los interesados, y si después de esto se negaren a firmar, el funcionario de la Policía Judicial responsable

del operativo, bajo juramento, dejará expresa constancia de ello; e) párrafo: si el procedimiento se lleva a cabo entre las 6:00 p. m. y las 6:00 a. m., deberá contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación, que garantizará la presencia de sus delegados en dichas diligencias; en ningún caso se suspenderá el procedimiento por ausencia de la Procuraduría General de la Nación.

7. *Allanamientos especiales (artículo 226 del CPP)*. a) Para el allanamiento y registro de bienes inmuebles, naves, aeronaves o vehículos automotores, que conforme con el derecho internacional y los tratados en vigor gocen de inmunidad diplomática o consular, el fiscal solicitará venia al respectivo agente diplomático o consular, mediante oficio en el que se requerirá su contestación dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes y será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.

De allí en adelante, a la defensa<sup>67</sup> se le debe garantizar el ejercicio de contradicción en desarrollo de la cláusula especial de exclusión, en materia de registros y allanamientos<sup>68</sup>, y de la cláusula general de exclusiones establecida en la audiencia preliminar.<sup>69</sup> En el mismo sentido, y tratándose de los controles posteriores,

67 Ley 906 de 2004, artículo 231: "Interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. Únicamente podrá alegar la violación del debido proceso ante el juez de control de garantías o ante el juez de conocimiento, según sea el caso, con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro".

68 Ley 906 de 2004, artículo 232, *cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*: "La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación" (el texto subrayado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-591 de 2005; el texto en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-210 de 2007).

69 Ley 906 de 2004, artículo 238, *inimpugnabilidad de la decisión* (modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007): "La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas".

estos se deben realizar<sup>70</sup>, y además se le debe garantizar a la defensa su participación, para que pueda solicitar las exclusiones respectivas.<sup>71</sup>

### Otros procedimientos con los que se vulnera el derecho a la intimidad

En relación con los procedimientos que se van a mencionar a continuación, con base en la regla general establecida por el Acto Legislativo 03 de 2002, frente a los derechos fundamentales que para su afectación requieren la orden del fiscal<sup>72</sup>, así como los controles posteriores en los términos definidos por el artículo 237 del CPP, lo único que se espera para que se garantice el derecho a la intimidad es que se cumpla con lo establecido en la ley procesal y en la jurisprudencia: retención de correspondencia (artículo 233 del CPP), examen y devolución de la correspondencia (artículo 234 del CPP), interceptación de comunicaciones (artículo 235,

70 Ley 906 de 2004, artículo 237, *audiencia de control de legalidad posterior* (modificado por el artículo 16 de la Ley 1142 de 2007): “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado. Durante el trámite de la audiencia sólo podrán asistir, además del fiscal, los funcionarios de la policía judicial y los testigos o peritos que prestaron declaraciones juradas con el fin de obtener la orden respectiva, o que intervinieron en la diligencia”. El texto en cursivas fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2009; el resto del inciso fue declarado exequible en la misma Sentencia, “siempre que se entienda, dentro del respeto a la naturaleza de cada una de las etapas estructurales del procedimiento penal acusatorio, que cuando el indiciado tenga noticia de que en las diligencias practicadas en la etapa de indagación anterior a la formulación de la imputación, se está investigando su participación en la comisión de un hecho punible, el juez de control de garantías debe autorizarle su participación y la de su abogado en la audiencia posterior de control de legalidad de tales diligencias, si así lo solicita. El juez podrá, si lo estima conveniente, interrogar directamente a los comparecientes y, después de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano sobre la validez del procedimiento. Parágrafo. Si el cumplimiento de la orden ocurrió luego de formulada la imputación, se deberá citar a la audiencia de control de legalidad al imputado y a su defensor para que, si lo desean, puedan realizar el contradictorio. En este último evento, se aplicarán analógicamente, de acuerdo con la naturaleza del acto, las reglas previstas para la audiencia preliminar”.

71 Ley 906 de 2004, artículo 232, *cláusula de exclusión en materia de registros y allanamientos*: “La expedición de una orden de registro y allanamiento por parte del fiscal, que se encuentre viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en este código, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan (directa y exclusivamente) del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación (y solo podrán ser utilizados para fines de impugnación)”. Nota: La primera expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; la segunda expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-210 del 21 de marzo de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

72 Acto Legislativo 03 de 2002, artículo 2: “El artículo 250 de la Constitución Política quedará así: Artículo 250. [...] En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: [...] 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez”.

•Evidencias obtenidas ilícitamente•

modificado por la Ley 1142 de 2007; artículo 15, modificado por la Ley 1453 de 2011; artículo 52<sup>73</sup>; artículo 236, modificado por la Ley 1453 de 2011, y artículo 53 del CPP), vigilancia y seguimiento de personas (artículo 239, modificado por la Ley 1453 de 2011, y artículo 54 del CPP), vigilancia de cosas (artículo 240 del CPP), análisis e infiltración de organización criminal (artículo 241 del CPP), actuación de agentes encubiertos (artículo 242 del CPP), operaciones encubiertas contra la corrupción (artículo 242A, adicionado por la Ley 1474 de 2011, y artículo 36 del CPP), entrega vigilada (artículo 243 del CPP) y exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado (artículo 245 del CPP).

.....  
73 El artículo 52 de la Ley 1453 de 2011 fue reglamentado por el Decreto 1078 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, a partir del artículo 2.2.2.6.1. Esta reglamentación trae disposiciones relativas a los deberes de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, frente a las interceptaciones ilegales de comunicaciones, recuperación de información producto de la transmisión de datos a través de las redes de comunicaciones.





### Requisitos que deben cumplir las evidencias para convertirse en medios de conocimiento

En el capítulo anterior se hizo referencia a la obtención de la evidencia y a su relación con los derechos fundamentales, con el fin de establecer su licitud o ilicitud. Este capítulo se centrará en los requisitos que debe cumplir la evidencia en su formación hacia medio de conocimiento, a fin de establecer su legalidad o ilegalidad.

En términos generales se puede señalar que dichos requisitos son los siguientes:

- a) identificación, recolección y embalaje por parte de la Policía de Vigilancia, con el cumplimiento de todos los requisitos legales, particularmente los relacionados con el respeto de los derechos humanos; después de ser identificadas, recogidas y embaladas técnicamente, las evidencias deben ser entregadas a la Policía Judicial, bien sea en el lugar de los hechos, o de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial, mediante el procedimiento de cadena de custodia<sup>74</sup>;
- b) recibidas por la

74 Ley 906 de 2004, artículo 208, *actividad de policía*: “Cuando en ejercicio de la actividad de policía los servidores de la Policía Nacional descubrieren elementos materiales probatorios y evidencia física como los mencionados en este código, en desarrollo de registro personal, *inspección corporal*, registro de vehículos y *otras diligencias similares*, los identificarán, recogerán y embalarán técnicamente. Sin demora alguna, comunicarán el hallazgo a la policía judicial, telefónicamente o por cualquier otro medio eficaz, la cual sin dilación se trasladará al lugar y recogerá los elementos y el informe. Cuando esto no fuere posible, quien los hubiere embalado los hará llegar, con las seguridades del caso, a la policía judicial” (el texto *inspección corporal* fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-789 de 2006, en el entendido de que se trata de una revisión externa, superficial y no invasiva; el texto y *otras diligencias similares* fue declarado inexecutable en la misma providencia).

Policía Judicial de manos de la Policía de Vigilancia, en el lugar de los hechos o en la de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial, en cadena de custodia, o en desarrollo de actos urgentes en el lugar de los hechos<sup>75</sup> con el cumplimiento de los procedimientos exigidos para el efecto<sup>76</sup>; c) trasladadas<sup>77</sup> en cadena de custodia<sup>78</sup> al laboratorio<sup>79</sup> respectivo para su análisis, salvo que estas se hubiesen obtenido directamente en el laboratorio<sup>80</sup>, como producto de una interceptación de

75 Ley 906 de 2004, artículo 205, *actividad de policía judicial en la indagación e investigación*: “Los servidores públicos que, en ejercicio de sus funciones de policía judicial, reciban denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales se infiera la posible comisión de un delito, realizarán de inmediato todos los actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios. Además, identificarán, recogerán, embalarán técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física y registrarán por escrito, grabación magnetofónica o fonóptica las entrevistas e interrogatorios y se someterán a cadena de custodia”.

76 Ley 906 de 2004, artículo 213, *inspección del lugar del hecho*: “Inmediatamente se tenga conocimiento de la comisión de un hecho que pueda constituir un delito, y en los casos en que ello sea procedente, el servidor de Policía Judicial se trasladará al lugar de los hechos y lo examinará minuciosa, completa y metódicamente, con el fin de descubrir, identificar, recoger y embalar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes del mismo. El lugar de la inspección y cada elemento material probatorio y evidencia física descubiertos, antes de ser recogido, se fijarán mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico y se levantará el respectivo plano. La Fiscalía dispondrá de protocolos, previamente elaborados, que serán de riguroso cumplimiento, en el desarrollo de la actividad investigativa regulada en esta sección. De toda la diligencia se levantará un acta que debe suscribir el funcionario y las personas que la atendieron, colaboraron o permitieron la realización”.

77 Ley 906 de 2004, artículo 258, *traslado de contenedor*: “El funcionario de policía judicial o el servidor público que hubiere recogido, embalado y rotulado el elemento material probatorio y evidencia física, lo trasladará al laboratorio correspondiente, donde lo entregará en la oficina de correspondencia o la que haga sus veces, bajo el recibo que figura en el formato de cadena de custodia”.

78 Ley 906 de 2004, artículo 254, *aplicación*: “Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos. La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente. Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos”.  
Nota: El *Manual de procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia* fue adoptado por la Fiscalía General de la Nación mediante la Resolución 0-6394 de 2004.

79 Ley 906 de 2004, artículo 258.

80 Ley 906 de 2004, artículo 210, *informe de investigador de laboratorio*: “El informe del investigador de laboratorio tendrá las siguientes características: a) la descripción clara y precisa del elemento material probatorio y evidencia física examinados; b) la descripción clara y precisa de los procedimientos técnicos empleados en la realización del examen y, además, informe sobre el grado de aceptación de dichos procedimientos por la comunidad técnico-científica; c) relación de los instrumentos empleados e información sobre su estado de mantenimiento al momento del examen; d) explicación del principio o principios técnicos y científicos aplicados e informe sobre el grado de aceptación por la comunidad científica; e) descripción clara y precisa de los procedimientos de su actividad técnico-científica; f) interpretación de esos resultados”.

•Evidencias ilegales•

comunicaciones, evento en el cual le corresponde al perito, como cuando recibe los elementos en el laboratorio, dejar las constancias del caso sobre cadena de custodia<sup>81</sup>; d) legalizadas ante el juez con funciones de control de garantías<sup>82</sup>, bien sea cuando han sido descubiertas directamente por la Policía de Vigilancia o por la Policía Judicial en el lugar de los hechos<sup>83</sup>, o bien, cuando han sido obtenidas por la Policía Judicial en procedimiento ordenado por el fiscal<sup>84</sup>; d) incluidas en el escrito de acusación<sup>85</sup>; e) descubiertas en la audiencia de formulación de acusación<sup>86</sup>;

.....  
81 Ley 906 de 2004, artículo 260, *actuación del perito*: “El perito que reciba el contenedor dejará constancia del estado en que se encuentra y procederá a las investigaciones y análisis del elemento material probatorio y evidencia física, a la menor brevedad posible, de modo que su informe pericial pueda ser oportunamente remitido al fiscal correspondiente”.

82 Ley 906 de 2004, artículo 238, *inimpugnabilidad de la decisión* (modificado por el artículo 17 de la Ley 1142 de 2007): “La decisión del juez de control de garantías no será susceptible de impugnación por ninguno de los que participaron en ella. No obstante, si la defensa se abstuvo de intervenir, *podrá en la audiencia preliminar o durante la audiencia preparatoria solicitar la exclusión de las evidencias obtenidas*. [cursivas agregadas].

83 Ley 906 de 2004, artículo 84, *trámite en la incautación u ocupación de bienes con fines de comiso*: “Dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes a la incautación u ocupación de bienes o recursos con fines de comiso, efectuadas por orden del Fiscal General de la Nación o su delegado, o por acción de la Policía Judicial en los eventos señalados en este código, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías para que realice la audiencia de revisión de la legalidad sobre lo actuado”.

84 Ley 906 de 2004, artículo 237, *audiencia de control de legalidad posterior* (modificado por el artículo 16 Ley de 1142 de 2007): “Dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al diligenciamiento de las órdenes de registro y allanamiento, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares, el fiscal comparecerá ante el juez de control de garantías, para que realice la audiencia de revisión de legalidad sobre lo actuado”.

85 Ley 906 de 2004, artículo 336, *presentación de la acusación*: “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

86 Ley 906 de 2004, artículo 339, *trámite*: “Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación. El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad, a menos que no desee hacerlo o sea renuente a su traslado. También podrán concurrir el acusado no privado de la libertad y los demás intervinientes sin que su ausencia afecte la validez”. Este artículo fue declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que la víctima también puede intervenir en la audiencia de formulación de acusación para efectuar observaciones. Ley 906 de 2004, artículo 344, *inicio del descubrimiento*: “Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento”. El texto *en cursivas* fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1194 de 2005, exclusivamente por el cargo analizado, en el entendido de que dicha potestad puede ejercerse independientemente de lo previsto en el artículo 250 constitucional que obliga

f) admitidas en audiencia preparatoria<sup>87</sup>; g) certificadas en declaración en juicio público<sup>88</sup>, por el policía judicial y perito que las conoció<sup>89</sup>, quienes deben demostrar la aplicación de la cadena de custodia<sup>90</sup>, y h) tratándose de documentos<sup>91</sup>, para que

a la Fiscalía General de la Nación, o a sus delegados, en caso de presentarse escrito de acusación, a "suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado". "La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado. El juez velará porque el descubrimiento sea lo más completo posible durante la audiencia de formulación de acusación. Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un elemento material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba". Este artículo fue declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que la víctima también puede solicitar al juez el descubrimiento de un elemento material probatorio específico o de evidencia física específica al escrito de acusación o manifestarse sobre posibles causales de incompetencia, recusaciones, impedimentos o nulidades.

87 Ley 906 de 2004, artículo 359, *exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba*: "Las partes y el Ministerio Público podrán solicitar al juez la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba que, de conformidad con las reglas establecidas en este código, resulten inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivos o encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba". Inciso declarado exequible de manera condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007, en el entendido de que la víctima también puede solicitar la exclusión, el rechazo o la inadmisibilidad de los medios de prueba. "Igualmente inadmitirá los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la Fiscalía con el imputado, acusado o su defensor en desarrollo de manifestaciones preacordadas, suspensiones condicionales y aplicación del principio de oportunidad, a menos que el imputado, acusado o su defensor consientan en ello. Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios". Artículo 360, *prueba ilegal*: "El juez excluirá la práctica o aducción de medios de prueba ilegales, incluyendo los que se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales previstos en este código".

88 Ley 906 de 2004, artículo 377, *publicidad*: "Toda prueba se practicará en la audiencia del juicio oral y público en presencia de las partes, intervinientes que hayan asistido y del público presente, con las limitaciones establecidas en este código".

89 Ley 906 de 2004, artículo 265.

90 Ley 906 de 2004, artículo 254, *aplicación*: "Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos. La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente".

91 Ley 906 de 2004, artículo 424, *prueba documental*: "Para los efectos de este código se entiende por documentos, los siguientes: 1. Los textos manuscritos, mecanografiados o impresos. 2. Las grabaciones magnetofónicas. 3. Discos de todas las especies que contengan grabaciones. 4. Grabaciones fonópticas o vídeos. 5. Películas cinematográficas. 6. Grabaciones computacionales. 7. Mensajes de datos. 8. El télex, telefax y similares. 9. Fotografías. 10. Radiografías. 11. Ecografías. 12. Tomografías. 13. Electroencefalogramas. 14. Electrocardiogramas. 15. Cualquier otro objeto similar o análogo a los anteriores".

no sean anónimos<sup>92</sup>, y por el contrario, se consideren autenticados<sup>93-94</sup>, deben ser incorporados por el conducto de la persona que los elaboró.<sup>95</sup>

Hecha la anterior explicación sobre los requisitos que debe tener la evidencia para que cumpla con la legalidad exigida, corresponde, a partir de los roles asignados al primer respondiente, a la Policía de Vigilancia, a la Policía Judicial y a los peritos la manera como ellos deben intervenir en la audiencia del juicio oral, público, contradictorio, con intermediación de las pruebas y con todas las garantías, a fin de que las evidencias se conviertan en medios de conocimiento.

### **Autenticación de la evidencia y certificación de la cadena de custodia**

Al policía de vigilancia<sup>96</sup> le corresponde hacer referencia a la manera como descubrió los elementos materiales probatorios y la evidencia física, cómo los identificó, recogió y embolsó técnicamente, y la manera como comunicó, sin demora alguna, el hallazgo a la Policía Judicial, o sobre la manera como los hizo llegar a la Policía Judicial.

Al policía judicial<sup>97</sup> le corresponde indicar si se trasladó o no al lugar de los hechos indicados por la Policía de Vigilancia, y si recibió los elementos materiales probatorios y la evidencia física en dicho lugar, o si por el contrario se los llevó la Policía de Vigilancia a la Unidad de policía judicial.

Asimismo, y tratándose de la noticia criminal, dirá si en el cumplimiento de su función investigativa<sup>98</sup>, y luego de recibir las denuncias, querellas o informes de otra clase, de los cuales infiera la posible comisión de un delito, realizó actos urgentes, tales como inspección en el lugar del hecho, inspección de cadáver, entrevistas e interrogatorios.

92 Ley 906 de 2004, artículo 430.

93 *Ibíd.*, artículo 425.

94 Sobre la autenticación de la evidencia, véase Auto del 8 de abril de 2014, proferido en el radicado 36784, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

95 Ley 906 de 2004, artículos 425 y 426.

96 *Ibíd.*, artículo 208.

97 *Ibíd.*

98 *Ibíd.*, artículo 205.

En relación con las evidencias, debe indicar la manera como identificó, recogió, embolsó técnicamente los elementos materiales probatorios y evidencia física, y la manera como registró por escrito, o mediante grabación magnetofónica o fonográfica, las entrevistas e interrogatorios y cómo los sometió a cadena de custodia.

En lo referente al manejo del lugar de los hechos<sup>99</sup>, exponer la manera como desplegó el procedimiento técnico, y la manera en la que examinó minuciosa, completa y metódicamente el lugar, a fin de descubrir, identificar, recoger y embalsar, de acuerdo con los procedimientos técnicos establecidos en los manuales de criminalística, todos los elementos materiales probatorios y la evidencia física que tiendan a demostrar la realidad del hecho y a señalar al autor y partícipes de este.

Igualmente, hará referencia a la forma en la que cada elemento material probatorio y evidencia física descubierta fueron fijados mediante fotografía, video o cualquier otro medio técnico, y la manera como levantó el respectivo plano antes de ser recogido. Asimismo, hará referencia a la manera como aseguró, embolsó y custodió dichos elementos materiales y evidencia física.<sup>100</sup>

Cumplida con esta segunda parte, cuando hubo presencia de la Policía de Vigilancia, o agotada esta primera parte, cuando no participó la Policía de Vigilancia, sino que actuó directamente el Policía Judicial, este debe indicar en audiencia pública la manera en la que trasladó el contenedor al laboratorio correspondiente<sup>101</sup>, o mejor, cómo sacó la evidencia del laboratorio y dónde firmó el recibo que figura en el formato de cadena de custodia.

En cuanto al rol del perito, este también, en audiencia del juicio público, oral, contradictorio, con intermediación de todas las pruebas y con todas las garantías, debe explicar la manera como recibió el contenedor<sup>102</sup> e indicar si dejó o no constancias sobre el estado en el que lo encontró.

Ahora bien, si las evidencias las obtuvo directamente en el laboratorio, como cuando se interceptan las líneas telefónicas, expondrá la manera en la que las

99 *Ibíd.*, artículo 213.

100 Ley 906 de 2004, artículo 216, *aseguramiento y custodia*: “Cada elemento material probatorio y evidencia física recogidos en alguna de las inspecciones reguladas en los artículos anteriores será asegurado, embalsado y custodiado para evitar la suplantación o la alteración del mismo. Ello se hará observando las reglas de cadena de custodia”.

101 *Ibíd.*, artículo 258.

102 *Ibíd.*, artículo 260.

obtuvo y cómo las analizó. Todo esto lo explicará en su informe, en el que hará referencia a las investigaciones y a los análisis que le realizó al elemento material probatorio y evidencia física.<sup>103</sup> El perito presentará este informe del investigador de laboratorio, de acuerdo con los siguientes parámetros establecidos para tal efecto.<sup>104</sup>

La presentación de dicho informe en el juicio público, oral, contradictorio, con intermediación de las pruebas y con todas las garantías la hará el perito, una vez sea admitido para el efecto en la audiencia preparatoria<sup>105</sup> y, de acuerdo con el respectivo interrogatorio y contrainterrogatorio<sup>106</sup>, se referirá a su estudio científico, técnico, artístico o especializado<sup>107</sup>, siendo siempre claro sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones, análisis y grado de aceptación; a los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso, a señalar si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza, y a la corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio.<sup>108</sup>

Finalmente, es preciso señalar que esta precisión relacionada con lo que debe decir cada uno de los custodios en el juicio oral y sobre la cadena de custodia no solo busca puntualizar la responsabilidad que cada uno tiene en ella frente a los elementos materiales probatorios y la evidencia física, sino que pretende

103 Ibid., artículo 260.

104 Ibid., artículo 210.

105 Ley 906 de 2004, artículo 414, *admisibilidad del informe y citación del perito*: “Si el juez admite el informe presentado por la parte, en la audiencia preparatoria, inmediatamente ordenará citar al perito o peritos que lo suscriben, para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados”.

106 Ley 906 de 2004, artículo 417, *instrucciones para interrogar al perito*: “El perito deberá ser interrogado en relación con los siguientes aspectos: 1. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento teórico sobre la ciencia, técnica o arte en que es experto. 2. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento en el uso de instrumentos o medios en los cuales es experto. 3. Sobre los antecedentes que acrediten su conocimiento práctico en la ciencia, técnica, arte, oficio o afición aplicables. 4. Sobre los principios científicos, técnicos o artísticos en los que fundamenta sus verificaciones o análisis y grado de aceptación. 5. Sobre los métodos empleados en las investigaciones y análisis relativos al caso. 6. Sobre si en sus exámenes o verificaciones utilizó técnicas de orientación, de probabilidad o de certeza. 7. La corroboración o ratificación de la opinión pericial por otros expertos que declaran también en el mismo juicio, y 8. Sobre temas similares a los anteriores. El perito responderá de forma clara y precisa las preguntas que le formulen las partes. El perito tiene, en todo caso, derecho de consultar documentos, notas escritas y publicaciones con la finalidad de fundamentar y aclarar su respuesta”.

107 Ley 906 de 2004, artículo 405, *procedencia*: “La prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados. Al perito le serán aplicables, en lo que corresponda, las reglas del testimonio”.

108 Ibid., artículo 417.



demostrar que ninguno de los custodios puede remplazar a otro en el juicio público, oral, contradictorio, con intermediación de las pruebas y con todas las garantías, a efectos de certificar y autenticar la cadena de custodia.

### **Autenticación de documentos y documentos anónimos<sup>109</sup>**

La autenticación<sup>110</sup> de documentos<sup>111</sup> es el aspecto que genera mayores discusiones, porque se estaba acostumbrado a que estos simplemente se “arribaban”, se “allegaban” o se “trasladaban” a la actuación sin ninguna formalidad. En cambio, con la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004 se estableció que para que la evidencia documental pueda convertirse en prueba documental<sup>112</sup> y, en consecuencia, en medio de conocimiento<sup>113</sup>, se requiere que sea autenticada<sup>114</sup>, y esto solo se logra cuando lo hace la persona que lo ha elaborado o producido por algún otro medio<sup>115</sup>, y además lo reconoce<sup>116</sup>; de lo contrario, se quedan en simples evidencias como documentos anónimos<sup>117</sup>, los cuales no pueden ser admitidos como medios probatorios<sup>118</sup>; por ello, el juez de conocimiento no puede darles ese carácter<sup>119</sup>, ni puede valorarlos<sup>120</sup>, ni mucho menos puede proferir sentencia condenatoria con ellos<sup>121</sup>, porque debe excluirlos de su conocimiento, ya que de lo contrario incurre en errores de derecho en la producción de la prueba.

109 *Ibíd.*, artículo 430.

110 *Ibíd.*, artículo 425.

111 *Ibíd.*, artículo 424.

112 *Ibíd.*, artículo 424.

113 *Ibíd.*, artículo 382.

114 Al respecto véase el Auto del 8 de abril de 2014, radicación 36784, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

115 *Ibíd.*, artículo 425.

116 *Ibíd.*, artículo 426.

117 *Ibíd.*, artículo 430.

118 *Ibíd.*, artículo 430.

119 *Ibíd.*, artículo 382.

120 *Ibíd.*, artículo 380.

121 *Ibíd.*, artículo 381.

## Autenticación de evidencias

En el derecho comparado, el profesor Chiesa Aponte no solo hace referencia a la necesidad de autenticar documentos, sino que hace énfasis en: a) la necesidad de autenticar todas las evidencias, b) la necesidad de hacer relación a su pertinencia y c) la necesidad de precisar la legalidad de su obtención<sup>122</sup>.

En tales condiciones, la autenticación no debe entenderse como un simple formalismo procesal que se puede o no desconocer, sino que constituye una etapa importante en el proceso de producción de las pruebas. De esta manera, los ejemplos citados indican que la autenticación va más allá del mero reconocimiento del documento, pues además tiene que ver con la pertinencia y con la legalidad.

Una vez se han cumplido todos los requisitos y procedimientos mencionados, que dan lugar a las *reglas de producción*, la evidencia es legal, y en tales condiciones puede ser valorada y apreciada por el juez de conocimiento para proferir la respectiva sentencia.

122 Véase al respecto: Ernesto L. Chiesa Aponte, *Derecho procesal penal de Puerto Rico...*, op. cit., pp. 361-367: "Si una evidencia no es lo que el proponente sostiene que es, la evidencia probablemente no sea pertinente. Si el fiscal ofrece como prueba de cargo el arma utilizada por el acusado para cometer el delito tendríamos dos objetos: a) el arma ofrecida como prueba por el fiscal, a base de que fue la utilizada por el acusado para cometer el delito imputado. B) El arma utilizada por el acusado para cometer el delito. Autenticar el arma significa establecer que 'a=b'; de lo contrario, si no es cierto que 'a=b', la evidencia debe ser excluida por impertinente. Se trata aquí de que la evidencia es pertinente si se satisface una mera cuestión de hecho ('a=b'), por lo que el jurado ha de tener alguna participación en esta determinación. [...] Hay un principio general de autenticación de evidencia: El requisito de autenticación o identificación como una condición previa a la admisibilidad se satisface con la presentación de evidencia suficiente para sostener una determinación de que la materia en cuestión es lo que el proponente sostiene [el autor cita la Regla 75 de Evidencia]. Esta regla dice lo obvio: el proponente debe persuadir al juzgador de que la evidencia que él presenta es lo que él sostiene que es. Valga señalar unos ejemplos: Ropa de la víctima: El fiscal quiere presentar como evidencia cierta ropa, como la que alegadamente usaba la víctima al momento del delito, lo que puede ayudar al juzgador a apreciar signos de lucha; autenticar la ropa significa establecer que es, justamente, lo que el proponente (fiscal) sostiene que es: la que usaba la víctima al momento del delito. Una conversación entre 'A' y 'B': El fiscal, para establecer un elemento de delito trae como evidencia la grabación de una conversación entre 'A' y 'B'. Autenticar esa evidencia (grabación) significa que se trata de una conversación habida entre 'A' y 'B' en determinado lugar y momento, lo que acarrea identificar las voces correspondientes. Por supuesto, el proponente, ante planteamiento de la defensa, deberá acreditar que la grabación fue legalmente obtenida. Un escrito: El fiscal quiere presentar como evidencia una confesión escrita del puño y letra del acusado. Autenticar la evidencia significa aquí establecer que el escrito es justamente del acusado y que se hizo en determinado momento. Por supuesto, el fiscal deberá, además, establecer la legalidad de la obtención de la confesión".



## CADENA DE CUSTODIA: ERRORES DE HECHO O DE DERECHO

Para terminar, se hace referencia al problema jurídico que se plantea en torno a si las anomalías que se presentan en la cadena de custodia constituyen errores de derecho por falso juicio de legalidad<sup>123</sup>, o si por el contrario son errores de hecho relacionados con la apreciación.<sup>124</sup>

Por lo expuesto anteriormente, la posición por la que se opta es que los errores que se cometen en la cadena de custodia constituyen errores de derecho. En tales condiciones, el juez debe excluirlas de su conocimiento al momento de fallar. Se sostiene tal posición porque los requisitos que cumple la cadena de custodia son de derecho<sup>125</sup>, y en tales condiciones los errores que en ella se cometen son de la misma naturaleza y no admiten ningún tipo de excepción.

.....  
123 Sobre la tesis de que las anomalías en la cadena de custodia constituyen error de derecho por falso juicio de legalidad, puede consultarse el Auto de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 23 de abril de 2008, Rad. 29416, M. P. Yesid Ramírez Bastidas, y la Sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 33691, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

124 Sobre la tesis de que las anomalías en la cadena de custodia constituyen error de hecho, puede consultarse la Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del 21 de febrero de 2004, Rad. 25920, M. P. Javier Zapata Ortiz; providencias del 5 y 19 de agosto de 2010, Rad. 30598, M. P. María del Rosario González de Lemos, y 31898, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés, respectivamente; autos del 15 de febrero, 8 de agosto y 27 de junio de 2012, radicaciones 37943, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez, 38800, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca, y 34867, M. P. José Leonidas Bustos Martínez, respectivamente.

125 Acto legislativo 03 de 2002.

La cadena de custodia debe cumplir con los siguientes requisitos: a) factores que la integran<sup>126</sup>, b) certificación<sup>127</sup>, c) legalidad<sup>128</sup>, d) autenticidad<sup>129</sup> y e) aplicación<sup>130</sup>; todo ello dentro del respeto de las personas y de los servidores públicos<sup>131</sup> que intervienen en este proceso, en el cumplimiento de su rol y de su responsabilidad, tanto en el descubrimiento, recolección, embalaje y traslado de las evidencias en la prevención y/o investigación del delito, como en el juicio público, oral, contradictorio, con inmediación de las pruebas y con todas las garantías.

De esta manera, los particulares (primer respondiente) que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo entraron en contacto con los elementos materiales probatorios y con la evidencia física son los responsables de su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente.<sup>132</sup> Igualmente, los funcionarios de la Policía de Vigilancia que identificaron, recogieron y embalaron las evidencias son responsables de su custodia y, en consecuencia, responden por su entrega a la Policía Judicial, por regla general en el

126 Ley 906 de 2004, artículo 254, *aplicación*: "Con el fin de demostrar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física, la cadena de custodia se aplicará teniendo en cuenta los siguientes factores: identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio haya realizado. Igualmente se registrará el nombre y la identificación de todas las personas que hayan estado en contacto con esos elementos. La cadena de custodia se iniciará en el lugar donde se descubran, recauden o encuentren los elementos materiales probatorios y evidencia física, y finaliza por orden de autoridad competente. Parágrafo. El Fiscal General de la Nación reglamentará lo relacionado con el diseño, aplicación y control del sistema de cadena de custodia, de acuerdo con los avances científicos, técnicos y artísticos". Nota: El *Manual de procedimientos del Sistema de Cadena de Custodia* fue adoptado por la Fiscalía General de la Nación, mediante la Resolución 0-6394 de 2004.

127 Ley 906 de 2004, artículo 265.

128 Ley 906 de 2004, artículo 276, *legalidad*: "La legalidad del elemento material probatorio y evidencia física depende de que en la diligencia en la cual se recoge o se obtiene, se haya observado lo prescrito en la Constitución Política, en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos vigentes en Colombia y en las leyes".

129 Ley 906 de 2004, artículo 277, *autenticidad*: "Los elementos materiales probatorios y la evidencia física son auténticos cuando han sido detectados, fijados, recogidos y embalados técnicamente, y sometidos a las reglas de cadena de custodia. La demostración de la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente".

130 Ley 906 de 2004, artículo 254.

131 Constitución Política de 1991, artículo 123: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento".

132 Ley 906 de 2004, artículo 255, *responsabilidad*: "Los particulares que por razón de su trabajo o por el cumplimiento de las funciones propias de su cargo, en especial el personal de los servicios de salud que entren en contacto con elementos materiales probatorios y evidencia física, son responsables por su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente".

lugar de los hechos, o de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial y en cadena de custodia.<sup>133</sup>

Por su parte, el policía judicial que recibió las evidencias de manos de la policía de vigilancia en el lugar de los hechos<sup>134</sup>, o de manera excepcional en la Unidad de Policía Judicial, responde por su custodia y traslado al respectivo laboratorio para su análisis<sup>135</sup>, salvo que estas se hubiesen obtenido directamente en el laboratorio<sup>136,137</sup>, caso en el cual quien responde por su obtención es el perito, para luego proceder en juicio<sup>138</sup> a certificarla<sup>139</sup> y ha de demostrar que esta se aplicó.<sup>140</sup>

De acuerdo con lo anterior, la aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de cada uno de los custodios que entró en contacto con la evidencia<sup>141</sup>, y en consecuencia, le corresponde a cada uno de ellos, siempre y cuando su no comparecencia a declarar se hubiese estipulado en la audiencia preparatoria<sup>142</sup>, asistir al juicio público, oral, contradictorio y con intermediación de todas las pruebas, para así certificar la cadena de custodia<sup>143</sup>, declarar sobre su legalidad<sup>144</sup> y su autenticidad<sup>145</sup>, y para hacer referencia a su aplicación<sup>146</sup>, so pena de que las evidencias no

133 Ibid., artículo 208.

134 Ibid., artículo 205.

135 Ibid., artículo 258.

136 Ibid., artículo 210.

137 Ibid., artículo 260.

138 Ibid., artículo 377.

139 Ibid., artículo 265.

140 Ibid., artículo 254.

141 Ley 906 de 2004, artículo 255, *responsabilidad*: "La aplicación de la cadena de custodia es responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios y evidencia física".

142 Ley 906 de 2004, artículo 356, *desarrollo de la audiencia preparatoria*: "[Artículo *condicionalmente* exequible] En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá: [...] 4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto. Parágrafo: Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias".

143 Ibid., artículo 265.

144 Ibid., artículo 276.

145 Ibid., artículo 277.

146 Ibid., artículo 254.

adquieran el carácter de medio de conocimiento y, en consecuencia, el juez deba excluirlas de su conocimiento al momento de proferir el fallo.

Por esta razón se comparte, en su integridad, la posición asumida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, entre otras decisiones, expide la siguiente:

De esa manera, además de los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004 que reglamentan lo referido a la cadena de custodia, la Fiscalía General de la Nación, en virtud del párrafo del artículo 254 del citado estatuto, ha reglamentado aspectos relacionados con la preservación de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios con el claro objetivo de asegurar su legalidad y autenticidad.

*Por esa razón, el yerro basado en el desconocimiento de tal normatividad, debe plantearse en casación por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial debido a error de derecho por falso juicio de legalidad, pues ello conduciría a la exclusión de las evidencias físicas dada su ilegalidad.*<sup>147</sup> [cursivas agregadas]

Por lo mismo, es preciso apartarse de las decisiones que defienden tanto los errores en la cadena de custodia como de hecho, tal como se enuncia a continuación:

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la manera de atacar en sede de casación las falencias en la cadena de custodia, la Corte mantuvo en el pasado posiciones encontradas, pues mientras en unas ocasiones señaló que esa clase de anomalías deben orientarse a través del error de derecho por falso juicio de legalidad, en otras ha dicho que la ruta correcta es el error de hecho, tesis que ha sido corroborada en las providencias más recientes y que hoy reitera.

En efecto, la Corte ha señalado e insistido en que los vicios en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos materiales de prueba o evidencia física no afectan su legalidad, sino que tienen incidencia en la eficacia, credibilidad o asignación del mérito probatorio, de ahí que su postulación en casación no puede orientarse como un cuestionamiento a su validez, sino a su apreciación, a fin de destruir su poder de convicción.<sup>148</sup>

147 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 14 de abril de 2010, Exp. 3691, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

148 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 17 de abril de 2013, Exp. 35127, M. P. José Luis Barceló Camacho.

No se comparte dicha decisión en vista de que los errores de derecho que se cometen en la producción de las pruebas, bien en su obtención: ilicitud, o en su formación: ilegalidad, llevan a que la evidencia se excluya y no a que se aprecie.





## CONCLUSIONES

Tanto la regla de exclusión como el recurso extraordinario de casación constituyen la vigencia de un Estado de derecho, y esa manifestación se refleja no solo en los límites que le impone a los particulares, a las Fuerzas Militares, a la Policía de Vigilancia y a la Policía Judicial en la obtención y legalización de las evidencias, sino en los que le impone a los jueces de conocimiento para que únicamente aprecien las pruebas que en su obtención y formación cumplen con las reglas de producción, las cuales están definidas en la Constitución Política, en los tratados internacionales que protegen los derechos humanos y en la ley.

En tales condiciones, la exclusión de la evidencia ilícita e ilegal no solo se debe hacer en casación por la vía de la violación indirecta de la sustancial, y a través de la formulación de errores de derecho por falso juicio de legalidad, sino que le corresponde a los jueces de instancia hacerlo, bien sea al de control de garantías en la audiencia preliminar, o bien, al de conocimiento en la audiencia preparatoria y en la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, para llegar allá, y en atención a que el sistema procesal penal colombiano es de adversarios: fiscalía y defensa, estos deben hacer las respectivas manifestaciones para que la evidencia, ora por ilicitud, ora por ilegalidad, se excluya. En tales condiciones, y para garantizar el principio de interés para recurrir, les corresponde a las partes hacer las solicitudes respectivas en estas audiencias: preliminar, preparatoria y de juicio oral.

En vista de eso, la Fiscalía como representante del Estado no puede beneficiarse de las evidencias obtenidas o producidas de manera ilícita e ilegal; y tampoco los jueces de control de garantías o de conocimiento pueden convertirse en cómplices de tales situaciones, ya que eso llevaría al lastre al Estado social y democrático de derecho y al sistema acusatorio. Eso no es lo que se quiere, como tampoco se desea que las autoridades dejen de actuar; por el contrario, se espera que lo hagan, pero que sea una labor impecable en las que se respeten sus roles y sus funciones específicas, y con ello los tratados internacionales de derechos humanos, la Constitución Política y la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

- Congreso de la República de Colombia, Acto Legislativo 03 de 2002, por el cual se reforma la Constitución Nacional. *Diario Oficial* 45.040.
- Congreso de la República de Colombia, Decreto 1355 de 1970, por el cual se dictan normas sobre Policía.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 906 de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. *Diario Oficial* 45.657.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1142 de 2007, por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana. *Diario Oficial* 46.673.
- Congreso de la República de Colombia, Ley 1453 de 2011, Por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. *Diario Oficial* 48.110.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, entrada en vigor el 18 de julio de 1978 conforme a su artículo 74.2 y aprobada en Colombia mediante Ley 16 de 1972.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-070 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-578 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-400 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-588 de 1999, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1319 de 2001, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1194 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-591 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-822 de 2005, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-789 de 2006, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-209 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-210 de 2007, M. P. Marco Gerardo Montory Cabra.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-806 de 2009, M. P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, par. 165.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, Par. 166.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de agosto de 1998, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de septiembre de 1999. Exp. 14736, M. P. Jorge Córdoba Poveda.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 21 de febrero de 2004, Exp. 25920, M. P. Javier Zapata Ortiz.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de mayo de 2004, Exp. 21429, M. P. Mauro Solarte Portilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 6 de junio de 2006, Exp. 24804, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 23 de abril de 2008, Rad. 29416, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 14 de abril de 2010, Rad. 33691, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 5 de agosto de 2010, Rad. 30598, M. P. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 19 de agosto de 2010, Rad. 31898, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 27 de junio de 2012, Exp. 34867, M. P. José Leonidas Bustos Martínez.

## •Bibliografía•

- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de agosto de 2012, Exp. 38800, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 15 de febrero de 2012, Exp. 37943, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 17 de abril de 2013, Exp. 35127 M.P.: José Luis Barceló Camacho.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 8 de abril de 2014, Exp. 36784, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.
- Chiesa Aponte, Ernesto, *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos* (vol. I). Bogotá: Forum, 2008.
- Daza González, Alfonso, Evidencia ilegal, evidencia ilícita y regla de exclusión, en *Derecho Penal Contemporáneo*, núm. 27, 2009, pp. 123-144.
- Daza González, Alfonso, *La discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal frente a los fines del proceso penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bogotá, Universidad Libre, 2011.
- Duque Quiceno, Mauricio y Quiceno Álvarez, Fernando (comps.), *Sistema acusatorio y juicio oral* (1.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Editora Jurídica de Colombia, 2004.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1996 y aprobado mediante Ley 74 de 1968.
- Uprimny Yepes, Rodrigo *et al.*, *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal: Los grandes desafíos del juez penal colombiano* (2.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006.





**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
**de Colombia**  
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia  
en septiembre de 2016, impreso en papel propa-  
libros de 75 g., en tipografía Times New Roman,  
tamaño 11 pts.

Publicación digital  
Hipertexto Ltda.

Impreso por:  
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia